

1. Wird ein nicht durch einen Rechtsanwalt vertretener Ausländer, der sofort vollziehbar ausgewiesen wurde, nach erfolglosem Abschluss eines Verfahrens auf Gewährung vorläufigen Rechtsschutzes aus der Haft abgeschoben und teilt anschließend die abschiebende Ausländerbehörde dem Gericht im Klageverfahren mit, ihr sei keine neue ladungsfähige Anschrift des Klägers bekannt, ergeben sich allein daraus grundsätzlich keine Zweifel am Rechtsschutzinteresse, die bereits eine Betreibensaufforderung i. S. des § 92 Abs. 2 VwGO rechtfertigen.

2. Über die Bewilligung einer öffentlichen Zustellung entscheidet nach § 56 Abs. 2 VwGO i. V. m. § 186 Abs. 1 Satz 1 ZPO das Prozessgericht. Dies ist der zur Entscheidung berufene Spruchkörper, im verwaltungsgerichtlichen Verfahren also die Kammer in der nach § 5 Abs. 3 VwGO vorgesehenen Besetzung, soweit nicht an ihrer Stelle kraft Gesetzes oder aufgrund Übertragungsbeschlusses ein Einzelrichter (§ 76 Abs. 1 AsylVfG, § 6 Abs. 1 VwGO) oder aufgrund Zustimmung der Beteiligten ein einzelner Richter als Vorsitzender oder Berichterstatter (§ 87a Abs. 2 und 3 VwGO) entscheiden.

(Amtliche Leitsätze)

11 S 18/09

VGH Baden-Württemberg

Beschluss vom 5.2.2009

Tenor

Auf die Beschwerde des Klägers wird der Beschluss des Verwaltungsgerichts Karlsruhe vom 1. Dezember 2008 - 2 K 2490/08 - aufgehoben.

Die Sache wird zur erneuten Entscheidung über den Antrag des Klägers auf Bewilligung von Prozesskostenhilfe zurückverwiesen.

Gründe

I.

Der Kläger wurde 1974 in Pforzheim geboren und besaß früher einen Reisepass der Sozialistischen Föderativen Republik Jugoslawien. Er erhielt 1988 eine Aufenthaltsberechtigung, die ab 2005 als Niederlassungserlaubnis fortgalt. Nachdem der mehrfach vorbestrafte Kläger im Januar 2006 vom Landgericht Karlsruhe wegen Betruges in 17 Fällen und wegen versuchten Betruges in 2 Fällen zu einer Gesamtfreiheitsstrafe von 2 Jahren und 3 Monaten verurteilt worden war, wies das Regierungspräsidium Karlsruhe ihn mit Verfügung vom 25.04.2006 sofort vollziehbar aus der Bundesrepublik Deutschland aus und drohte ihm die Abschiebung in die Republik Serbien und Montenegro an.

Am 12.05.2006 hat der Kläger beim Verwaltungsgericht Karlsruhe Klage erhoben (2 K 1279/06). Zur vorläufigen Begründung hat er auf seinen langjährigen Aufenthalt in Deutschland und seine gute Führung im Strafvollzug verwiesen; eine detaillierte Klageschrift werde durch einen Rechtsanwalt nachgereicht. Die Kammervorsitzende bestimmte einen Berichterstatter und verfügte die Zustellung der Klage an den Beklagten sowie eine Eingangsbestätigung an den Kläger jeweils mit der Bitte um Stellungnahme zur Übertragung des Rechtsstreits auf den Einzelrichter und um Mitteilung, ob einer Entscheidung durch den Berichterstatter zugestimmt werde. Der Beklagte teilte sein Einverständnis mit einer Übertragung des Rechtsstreits auf den Einzelrichter und einer Entscheidung durch den Berichterstatter mit und beantragte Klageabweisung.

Mit Beschluss vom 31.07.2006 - 2 K 1280/06 - lehnte das Verwaltungsgericht einen Antrag auf Gewährung vorläufigen Rechtsschutzes ab. Die Beschwerde des Klägers blieb erfolglos. Anschließend wurde der Kläger abgeschoben.

Im Klageverfahren teilte der Beklagte dem Verwaltungsgericht im Oktober 2006 mit, der Kläger sei am 05.10.2006 nach Serbien abgeschoben worden; eine ladungsfähige Anschrift des Klägers sei seither nicht bekannt geworden. Mit Verfügung vom 16.10.2006 forderte der Berichterstatter den Kläger unter Hinweis auf diese Mitteilung sowie unter Belehrung i. S. des § 92 Abs. 2 Satz 3 VwGO auf, das Verfahren zu betreiben, insbesondere eine ladungsfähige Anschrift mitzuteilen. Mit Beschluss vom selben Tag ordnete er ferner die öffentliche Zustellung dieser Verfügung mit der Begründung an, der Aufenthaltsort des Klägers sei unbekannt und eine Zustellung an einen Vertreter oder Zustellungsbevollmächtigten sei nicht möglich. Eine Benachrichtigung über die öffentliche Zustellung wurde vom 18.10.2006 bis zum 21.11.2006 an der Gerichtstafel ausgehängt. Mit Beschluss vom 01.02.2007 hat der Berichterstatter festgestellt, dass die Klage als zurückgenommen gilt, und das Verfahren mit einer Kostenentscheidung zu Lasten des Klägers eingestellt.

Mit Schriftsatz vom 02.04.2007 an das Verwaltungsgericht legitimierten sich die Rechtsanwälte ..., ... und ... für den zwischenzeitlich in das Bundesgebiet zurückgekehrten Kläger und baten um Akteneinsicht. Mit Schreiben vom 09.04.2007 beantragte der Kläger selbst "eine Abschrift der Aufforderung zur Klagebetreibung und den darauf ergangenen Beschluss" und rügte, beides sei ihm nicht form- und fristgerecht zugestellt worden. Dadurch sei ihm der Rechtsweg verwehrt worden. Er beantrage "die sofortige Wiedereinsetzung in den vorherigen Stand". Daraufhin wurden ihm Mehrfertigungen der Verfügung vom 16.10.2006 sowie der Beschlüsse vom 16.10.2006 und vom 01.02.2007 übersandt. Mit weiterem Schreiben vom 12.04.2007 legte der Kläger u. a.

dar, er sei im Zeitpunkt der öffentlichen Zustellung in Serbien inhaftiert gewesen. Mit Schriftsatz vom 25.05.2007 teilten die Rechtsanwälte ..., ... und ... mit, sie seien nicht mehr mandatiert.

Mit weiterem Schreiben an das Verwaltungsgericht vom 21.08.2008 hat der Kläger unter Bezugnahme auf "Div. Klagen gegen RGP-Ka. "die sofortige Wiedereinsetzung der Klage in den vorherigen Stand bzw. Wiederaufnahme der Klage oder Zulassen einer erneuten Klage gegen die Ausweisungsverfügung" beantragt. Das Verwaltungsgericht hat dieses Schreiben als Antrag auf Fortsetzung des Klageverfahrens wegen der Ausweisung gewertet. Anschließend hat der Kläger die Bewilligung von Prozesskostenhilfe beantragt. Der Beklagte hat beantragt, den Antrag auf Fortsetzung des Verfahrens abzulehnen.

Mit Beschluss vom 01.12.2008 hat das Verwaltungsgericht den Antrag auf Bewilligung von Prozesskostenhilfe abgelehnt. Der "Rücknahmestreit" biete keine hinreichende Aussicht auf Erfolg, was sich schon daraus ergebe, dass die als Antrag auf Fortsetzung des Verfahrens zu wertende Erklärung des Klägers von seinen damaligen Prozessbevollmächtigten nicht weiter verfolgt worden sei und sowohl diese als auch der Kläger nichts vorgetragen hätten, was eine Verfahrensfortsetzung gerechtfertigt hätte. Dagegen richtet sich die Beschwerde des Klägers, mit der er seinen Vortrag erster Instanz wiederholt und vertieft und unter anderem beantragt, "das Verfahren an das VG. Ka. zurückzugeben, damit dort ein ordentliches Verwaltungsrechtsverfahren durchgeführt werden kann."

Wegen der Einzelheiten wird auf die dem Senat vorliegenden Verwaltungs- und Gerichtsakten und die gewechselten Schriftsätze verwiesen.

## II.

Die nach § 146 Abs. 1 VwGO statthafte Beschwerde ist zulässig und hat dahingehend Erfolg, dass der angefochtene Beschluss entsprechend § 130 Abs. 2 Nr. 2 VwGO auf den insoweit sinngemäß gestellten Antrag des Klägers aufgehoben wird und der Prozesskostenhilfeantrag des Klägers an das Verwaltungsgericht zur erneuten Entscheidung zurückverwiesen wird. Denn das Verwaltungsgericht hat die Voraussetzungen für eine Fortsetzung des Klageverfahrens zu Unrecht verneint und dadurch die Entscheidung über den Prozesskostenhilfeantrag getroffen, ohne sich mit den Erfolgsaussichten der Klage in der Sache selbst auseinander zu setzen (zur Zurückverweisung in diesen Fällen vgl. allgemein VGH Bad.-Württ., Beschluss vom 14.07.2003 - 7 S 536/03 -, VBIBW 2004, 36 und vom 26.03.1979 - VII 3206/778 -, ferner OVG Hamburg, Beschluss vom 13.12.1989 - Bs IV 606/89 -, juris, und OVG Saarland, Beschluss vom 28.09.2007 - 1 D 399/07 -,

juris und vom 28.06.1996, NVwZ-RR 1997, 391; Kopp/Schenke, VwGO, 15. Aufl. 2007, § 150 Rn 2; Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann, ZPO, 65. Aufl. 2007, § 572 Rn. 23).

Das Verfahren über die Anfechtungsklage des Klägers gegen die Ausweisungsverfügung des Regierungspräsidiums Karlsruhe vom 25.04.2006 ist auf den - wohl bereits mit Schreiben vom 09.04.2007 sinngemäß gestellten - Antrag des Klägers fortzusetzen. Entgegen der Ansicht des Verwaltungsgerichts gilt die Klage nicht nach § 92 Abs. 2 VwGO als zurückgenommen.

Nach § 92 Abs. 2 Satz 1 VwGO gilt die Klage als zurückgenommen, wenn der Kläger das Verfahren trotz Aufforderung des Gerichts länger als zwei Monate nicht betreibt. Der Kläger ist in der Aufforderung auf diese und die sich aus § 155 Abs. 2 VwGO ergebenden Rechtsfolgen hinzuweisen (§ 92 Abs. 2 Satz 3 VwGO). Da die Betreibensaufforderung die Zweimonatsfrist nach § 92 Abs. 2 Satz 1 VwGO in Lauf setzt, muss sie gemäß § 56 Abs. 1 und 2 VwGO nach den Vorschriften der Zivilprozessordnung (§§ 166 ff. ZPO) zugestellt werden. Unter den Voraussetzungen des § 185 ZPO - in der hier noch maßgebenden früheren Fassung der Bekanntmachung vom 05.12.2005 (BGBl. I S. 3202) -, kann das auch durch öffentliche Bekanntmachung (öffentliche Zustellung) geschehen, über deren Bewilligung das "Prozessgericht" entscheidet (§ 186 Abs. 1 Satz 1 ZPO). Eine Betreibensaufforderung setzt aus verfassungsrechtlichen Gründen (Art. 19 Abs. 4, Art. 103 Abs. 1 GG) voraus, dass im Zeitpunkt ihres Erlasses - hier am 16.10.2006 - bestimmte, sachlich begründete Anhaltspunkte für einen Wegfall des Rechtsschutzinteresses des Klägers bestanden haben. Berechtigte Zweifel am Fortbestehen des Interesses an einer Sachentscheidung des Gerichts kann der Kläger durch aktives Handeln begründen, z. B. durch freiwillige Ausreise in sein Heimatland, durch Untertauchen im Bundesgebiet (vgl. BVerwG, Urteil vom 06.08.1996 - 9 C 169.95 - BVerwGE 101, 323 <327>) oder durch Abbruch seines Kontakts zu dem das Gerichtsverfahren betreibenden Bevollmächtigten. Derartige Zweifel können aber auch begründet sein, wenn der Kläger prozessuale Mitwirkungspflichten nicht erfüllt und damit ein Desinteresse an der weiteren Verfolgung seines Begehrens zeigt (BVerwG, Beschluss vom 05.07.2000 - 8 B 119.00 - NVwZ 2000, 1297, und Beschluss vom 12.04.2001 - BVerwG 8 B 2.01 - NVwZ 2001, 918; zur vergleichbaren Regelung in § 81 AsylVfG: BVerwG, Urteil vom 23.04.1985 - 9 C 48.84 - BVerwGE 71, 213 <219> und Urteil vom 13.01.1987 - 9 C 259.86 - NVwZ 1987, 605). Jedoch muss die Erfüllung der jeweiligen Pflicht nach Lage des Falles vom Kläger zu erwarten sein. Stets muss sich daraus auch der Schluss auf den Wegfall seines Rechtsschutzinteresses, also auf ein Desinteresse des Klägers an der weiteren Verfolgung seines Begehrens ableiten lassen. Denn § 92 Abs. 2 Satz 1 VwGO ist eine Vorschrift mit Ausnahmecharakter und kein Hilfsmittel zur bequemen Erledigung lästiger Verfahren oder zur vorsorglichen Sanktionierung prozessleitender Verfügungen (vgl. BVerwG, Beschluss vom 05.07.2000, a. a. O.; Clausen in Schoch/Schmidt-

Aßmann/Pietzner, VwGO, Kommentar, § 92 Rn. 39 und 46 ff. m. w. N.). Entsteht - wie hier - Streit über die Wirksamkeit der fiktiven Klagerücknahme, muss das Verfahren zur Klärung dieser Frage fortgesetzt und entweder - bei Bejahung der Wirksamkeit - mit einer Endentscheidung über die Beendigung des Verfahrens oder - bei Verneinung der Wirksamkeit - mit einer Endentscheidung über die Klage in der Sache beendet werden (vgl. Clausen, a. a. O. Rn. 77 ff.).

Gemessen daran sind die Voraussetzungen der Rücknahmefiktion nach § 92 Abs. 2 Satz 1 VwGO nicht erfüllt. Zum einen war die Betreibensaufforderung vom 16.10.2006 mangels hinreichender sachlich begründeter Anhaltspunkte für einen Wegfall des Rechtsschutzinteresses nicht rechtmäßig. Zum anderen wurde die Betreibensaufforderung dem Kläger nicht ordnungsgemäß zugestellt, weil die Anordnung ihrer öffentlichen Zustellung durch den Berichterstatter gegen § 56 Abs. 2 VwGO i. V. m. § 186 Abs. 1 Satz 1 ZPO verstieß, wonach über die Bewilligung der öffentlichen Zustellung das Prozessgericht entscheidet.

Wird ein nicht durch einen Rechtsanwalt vertretener Ausländer, der - wie der Kläger - sofort vollziehbar ausgewiesen wurde, nach erfolglosem Abschluss eines Verfahrens auf Gewährung vorläufigen Rechtsschutzes aus der Haft abgeschoben und teilt anschließend die abschiebende Ausländerbehörde dem Gericht im Klageverfahren mit, ihr sei keine neue ladungsfähige Anschrift des Klägers bekannt, ergeben sich allein daraus grundsätzlich keine Zweifel am Rechtsschutzinteresse, die bereits eine Betreibensaufforderung i. S. des § 92 Abs. 2 VwGO rechtfertigen. Die nach negativem Abschluss des Verfahrens über den Antrag auf Gewährung vorläufigen Rechtsschutzes nach § 80 Abs. 5 VwGO vollzogene Abschiebung des Klägers unmittelbar aus der Haft und die Mitteilung des Regierungspräsidiums Karlsruhe, dass ihm keine neue ladungsfähige Anschrift des Klägers bekannt sei, mögen zwar Umstände gewesen sein, die das Gericht - ähnlich wie vor Bewilligung einer öffentlichen Zustellung - zu eigenen Nachforschungen und Ermittlungen zum Aufenthaltsort des Klägers und insoweit insbesondere dazu berechtigten, den Kläger zum Betreiben des Verfahrens durch Angabe einer ladungsfähigen Anschrift aufzufordern. Zweifel am Fortbestand seines Rechtsschutzinteresses im Sinne des § 92 Abs. 2 Satz 1 VwGO ergaben sich daraus zu diesem Zeitpunkt aber nicht. Sie wären im Hinblick auf die einschneidenden Rechtsfolgen nach § 92 Abs. 2 VwGO erst begründet gewesen, wenn der Kläger eine entsprechende Anfrage des Gerichts innerhalb einer gesetzten Frist unbeantwortet gelassen hätte. Das war jedoch am 16.10.2006 nicht der Fall. Zudem dürfte zu diesem Zeitpunkt auf der Hand gelegen haben, dass es dem Kläger nach seiner gerade elf Tage zurück liegenden Abschiebung nicht möglich gewesen sein dürfte, umgehend eine neue ladungsfähige Anschrift aus dem Ausland mitzuteilen. Auch war der Kläger vor seiner Abschiebung nicht ohne Weiteres verpflichtet, vorsorglich eine ladungsfähige Anschrift für die Zeit nach der Abschiebung anzugeben oder ohne

konkrete gerichtliche Aufforderung einen Zustellungsbevollmächtigten im Inland zu benennen (vgl. § 56 Abs. 3 VwGO).

Darüber hinaus verstieß die vom Berichterstatter beschlossene Anordnung über die öffentlichen Zustellung der Betreibensaufforderung gegen § 56 Abs. 2 VwGO i. V. m. § 186 Abs. 1 Satz 1 ZPO. Danach entscheidet das "Prozessgericht" über die Bewilligung der öffentlichen Zustellung. Dies ist der zur Entscheidung berufene Spruchkörper, im verwaltungsgerichtlichen Verfahren also die Kammer in der nach § 5 Abs. 3 VwGO vorgesehenen Besetzung, soweit nicht an ihrer Stelle kraft Gesetzes oder aufgrund Übertragungsbeschlusses ein Einzelrichter (§ 76 Abs. 1 AsylVfG, § 6 Abs. 1 VwGO) oder aufgrund Zustimmung der Beteiligten ein einzelner Richter als Vorsitzender oder Berichterstatter (§ 87a Abs. 2 und 3 VwGO) entscheiden (vgl. Meissner in Schoch/Schmidt-Aßmann/Pietzner, a. a. O., § 56 Rn. 67; Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann, ZPO, 66. Auflage, § 186 Rn. 4; Stein/Jonas/Roth, ZPO, 21. Auflage, § 204 Rn. 4). Der Berichterstatter wäre für die Bewilligung der öffentlichen Zustellung im Falle des Klägers mithin nur zuständig gewesen, wenn ihm zuvor der Rechtsstreit gemäß § 6 VwGO als Einzelrichter zur Entscheidung übertragen worden wäre oder die Beteiligten zuvor einer Entscheidung durch den Berichterstatter nach § 87a Abs. 2 und 3 VwGO zugestimmt hätten. Beides war nicht der Fall, insbesondere hatte bis zur Bewilligung der öffentlichen Zustellung lediglich der Beklagte auf die entsprechende Anfrage der Kammervorsitzenden eine Zustimmung i. S. des § 87a Abs. 2 und 3 VwGO erteilt, nicht aber der Kläger. War die Bewilligung der öffentlichen Zustellung schon aus diesem Grund nicht ordnungsgemäß, kann der Senat offen lassen, ob sie darüber hinaus rechtlichen Bedenken im Hinblick auf das Gebot unterliegt, zuvor alle Möglichkeiten zu erschöpfen, das Schriftstück dem Empfänger in anderer Weise zu übermitteln (vgl. dazu das Senatsurteil vom 17.04.2002 - 11 S 1823/01 - InfAusIR 2002, 375 m. w. N.).

Eine Kostenentscheidung unterbleibt, da die Sache an das Verwaltungsgericht zurückverwiesen wurde (J. Meyer-Ladewig in: Schoch/Schmidt-Aßmann/ Pietzner, a. a. O., § 130 Rn. 12).

Der Beschluss ist unanfechtbar (§ 152 Abs. 1 VwGO).